

JULY KATHERINE LONDOÑO MARULANDA

LA INCERTIDUMBRE DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, UN ANÁLISIS DE  
LA NATURALEZA DE SUS FUNCIONES COMPARADA CON LOS FINES DE LA  
INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD

(Maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en  
Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado 2016-2017)

Bogotá D.C.; Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD CON ÉNFASIS  
EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL CIVIL Y  
DEL ESTADO.

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Perez.

Secretaria general: Dra. Martha Hinestroza Rey.

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo.

Director Departamento de Derecho Dr. Felipe Navia Arroyo

Civil:

Director de Artículo: Dr. Julián Pimiento

Presidente del Artículo: Dr. Felipe Navia Arroyo

Examinadores: Dr. Héctor Patiño Domínguez  
Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

## RESUMEN

El presente artículo pretende abordar la pérdida de oportunidad en sus funciones, en contraste con las finalidades y propósitos de la responsabilidad. Se presentan diversas decisiones en distintas instancias judiciales que permiten observar que no se supera del todo el elemento aleatorio o de azar a la hora de compensar este tipo de daño incierto.

Esta figura jurídica, ha generado una posible confusión en el momento de la liquidación, al establecer el monto de la probabilidad pérdida cuya indemnización, debe ser vinculada causalmente con la acción y omisión del agente del daño pues este *quantum* debe ser equivalente en términos de parcialidad a la probabilidad frustrada y, por consiguiente, no puede ser igual a la reparación que debe existir en caso de que el daño fuese el final frustrado.

En tal sentido, podría ser utilizada la pérdida de oportunidad como una herramienta jurídica más mediadora y justa entre víctima y victimario al margen de las finalidades de la responsabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Pérdida de oportunidad, responsabilidad, compensación, probabilidad, incertidumbre.

## **ABSTRACT**

This article aims to address the loss of opportunity in its functions, in contrast to the purposes and address responsibility. Various decisions are presented in different judicial instances that allow observing that the entire random or random element is not exceeded when compensating for this type of uncertain damage.

This legal figure has generated a possible confusion at the time of liquidation, since the amount of the probability of limited loss caused by the action and the omission of the damage agent must be determined, in order to determine the compensation of the damage which must be partial, as appropriate, the amount cannot be equivalent to the reparation that must exist in case the damage is the final frustrated.

In that sense, the loss of opportunity could be lost as a more fair and mediating legal tool between victim and victim regardless of the purposes of the responsibility.

**KEY WORDS:** Loss of opportunity, responsibility, compensation, probability, uncertainty.

## Contenido

Introducción .....	6
1. Las funciones de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad extracontractual del Estado.....	7
1.1. La pérdida de oportunidad como perjuicio resarcible .....	7
1.2. La pérdida de oportunidad como aligeramiento de la causalidad .....	13
2. Un Acercamiento a la naturaleza de la pérdida de oportunidad y su relación con la responsabilidad extracontractual del Estado .....	21
2.1. Hacia una definición de la pérdida de oportunidad transversal a la responsabilidad extracontractual .....	22
2.2. La configuración de los elementos de la pérdida de oportunidad .....	25
2.2.1. <i>Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado; es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar.</i> .....	26
2.2.2. <i>Certeza de la existencia de una oportunidad:</i> .....	28
2.2.3. <i>Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima:</i> .....	28
2.3. Aproximación conceptual de daño y de perjuicio relacionado con la figura de la pérdida de oportunidad.....	29
2.4. Diferencia entre pérdida de oportunidad y causalidad .....	31
2.5. Estudios de Caso .....	36
3. Aproximación a la dificultad de la liquidación del perjuicio .....	41
3.1. La tasación con fundamento en la Equidad.....	43
4. Conclusiones .....	45

## **Introducción**

La pérdida del chance es una figura judicial importada desde el derecho comparado que consiste en la posibilidad de responder por el daño que sufre quien pierde la probabilidad de obtener un beneficio o evitar un menoscabo. En este sentido, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha señalado que el daño en la pérdida del chance se constituye en el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un deterioro.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha manifestado sobre la obtención del beneficio dañado, que, si bien no es posible vislumbrarla con toda certeza y sin margen de duda que se hubiese materializado en la situación favorable esperada, no se puede desconocer que existía una probabilidad considerable de haberse configurado la misma.

Este artículo pretende establecer si la incertidumbre generada por la imposibilidad real de conocer con certeza la ganancia esperada o el daño que se hubiese podido evitar es compatible con los propósitos y fines de la responsabilidad. Analizando cómo la pérdida de oportunidad se podría ubicar en una zona intermedia entre un daño futuro y la eventualidad de este, respecto del cual, si bien es cierto, la jurisprudencia ha tasado el perjuicio con la prueba del daño que provoca a la víctima, la pérdida efectiva de la probabilidad; no desaparece la particularidad esencial de su naturaleza, fundamentada en la inexistente certeza acerca de la materialización del resultado final.

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, sección tercera C.P Rojas, Danilo, Sentencia del 31 de mayo de 2016 (Exp.18593).

Puede postularse, entonces, que la pérdida de oportunidad permite imputar la responsabilidad teniendo en cuenta la liquidación de la indemnización en la proporción de incidencia del daño, se debe tener siempre en cuenta la certeza de la oportunidad perdida, pues el elemento de la causalidad permitiría el establecimiento del *quantum* indemnizatorio deducido de la probabilidad.

En consecuencia, en el presente artículo se desarrollarán las bases teóricas y jurisprudenciales que permitan validar esta postura.

## **1. Las funciones de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad extracontractual del Estado**

A la pérdida de oportunidad en Colombia, desde su primera aplicación en 1994, se le han asignado diferentes interpretaciones y, con esta, diferentes utilidades, ingresando como aligeramiento probatorio de la causalidad especialmente la responsabilidad derivada del acto médico. Posteriormente, algunas interpretaciones dirigidas a establecerla como perjuicio autónomo, procedente de la imposibilidad de determinar el daño cierto.

### **1.1. La pérdida de oportunidad como perjuicio resarcible**

Una de las funciones de la aplicación de la pérdida de oportunidad es entenderla como perjuicio autónomo, justificado en que

“La sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad pérdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él, para su determinación”<sup>2</sup>.

Por otro lado, no podría aplicarse la pérdida de oportunidad basada en el principio de solidaridad pues, en este caso, terminarían excediéndose las finalidades y los propósitos de la responsabilidad civil.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, sección tercera C.P Fajardo, Mauricio, Sentencia del 11 de agosto de 2010 (Exp. 18593). El fundamento fáctico de esta providencia judicial en resumen se remonta al día 15 de marzo de 1994, el señor Valencia Monsalve se encontraba en un establecimiento de comercio en el Municipio de Liborina (Antioquia) y, de repente, fue agredido por otra persona que llegó al lugar, quien le propinó golpes en la cabeza, dejándolo inconsciente, razón por la cual fue conducido al Hospital San Lorenzo de esa municipalidad para que le suministraren la respectiva atención médica. Al llegar al mencionado hospital, tanto los médicos como las enfermeras se abstuvieron de atenderlo, con apoyo en el argumento de que no se trataba de un paciente enfermo, sino de un borracho. Dado que la víctima no fue atendida, sus acompañantes solicitaron la autorización para retirarlo del hospital para conducirlo a otro lugar en el cual le brindaran la atención médica requerida, habida consideración de la gravedad de su salud; sin embargo, el médico de turno se negó a ello porque el señor Valencia Monsalve, según él, se encontraba muy borracho y debía dormir. Posteriormente, se les indicó a los compañeros de la víctima que debían retirarse del centro hospitalario, quienes nuevamente solicitaron permiso para sacarlo de allí sin obtener respuesta favorable, de modo que los amigos de Valencia Monsalve procedieron a irse entre la 1:15 y 1:30 A.M. Horas más tarde el señor Valencia Monsalve falleció en el Hospital San Lorenzo, a causa de un “**hematoma epidural por trauma**”.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, sección tercera C.P Pazo, Ramiro de Jesús, *Sentencia del 20 de junio de 2017* (Exp. 18.860). “Si bien el instituto de la reparación es una técnica judicial con la que se resarcen los daños antijurídicos de los asociados, siempre será necesario que exista una razón de atribución para imputarle responsabilidad al Estado por los daños padecidos por la víctima, y en el caso del título de imputación del daño especial, debe estar estructurado tanto un vínculo causal como un rompimiento del principio de igualdad, lo que determina su carácter especial y grave, y fundamenta *per se* la imputación; caso contrario, el juez estaría no solo desconociendo sus límites competenciales, sino creando una nueva fuente de responsabilidad del Estado con base exclusivamente en el principio de solidaridad sin un juicio claro de imputación, so pretexto de brindar en sede judicial asistencia y auxilio social, lo cual es ajeno al ámbito de una sede donde se juzga exclusivamente la responsabilidad de una de las partes convocadas al litigio”.



Giraldo Gómez hizo referencia a una sentencia en específico del Consejo de Estado, en la cual se estableció: “Cabe precisar que el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por la prestación de servicios médico-asistenciales no es un modo de distribuir socialmente los daños, **sino una manera de atribuir responsabilidad a quien le corresponde por haberlos causado**. Así pues, la distribución de emolumentos que se hace por razones de solidaridad sin discutir la causalidad es verdadera asistencia (seguridad) social, mientras que aquellas retribuciones que se disponen tras haber hallado la relación causal entre el acontecimiento generador a cargo del demandado y el daño son, en estricto sentido, declaraciones de responsabilidad. La discusión referida al nexo causal para poder atribuir responsabilidad patrimonial resulta, por consiguiente, ineludible”<sup>4</sup> (Negrilla fuera de texto).

El reconocimiento de la pérdida de oportunidad como perjuicio ha generado una confusión fundada en el daño eventual o hipotético que se indemniza, siendo teóricamente un problema de la aplicabilidad por el análisis de la certeza del daño.

Tradicionalmente, en las finalidades de la responsabilidad se ha señalado que el perjuicio es la consecuencia del daño entendido como el menoscabo, dolor o molestia causado a alguien y que supone la disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales.

---

<sup>4</sup> GÓMEZ, L. F. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: U. Externado de Colombia. 2019. ISBN: 9789587900125

En la definición tradicional de Adriano de Cupis, se señala que “*daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable*”.<sup>5</sup>

Una de las características del daño generador del perjuicio es que debe ser directo, personal y cierto. De acuerdo con esto, se entiende de manera sumaria que es directo cuando se relaciona directamente el hecho dañoso con la atribución jurídica, sosteniendo entonces que debe existir una causa (daño) y un efecto (imputación).

El daño es personal materialmente cuando la víctima se legitima por activa, para buscar el reconocimiento de la reparación por ser ella de manera directa o indirecta la afectada en su patrimonio o en su moral. Es importante señalar que el daño puede estar consolidado o puede ser futuro, pero siempre debe existir certeza de su ocurrencia y de sus perjuicios<sup>6</sup>.

Siendo el elemento cierto del daño lo que hace referencia a la certeza de la existencia del hecho dañino y sus perjuicios, sin que este sea hipotético o que no se pueda determinar.<sup>7</sup>

Para explicar integralmente la pérdida de oportunidad como perjuicio, la jurisprudencia también ha aplicado este instrumento jurídico de manera aislada dándole sentido ontológico

---

<sup>5</sup> HENAO, Juan Carlos (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

<sup>6</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1970. ISBN-13: 978-8471626646

<sup>7</sup> GUTIÉRREZ, V., y GÓMEZ, S. (2017). “Pérdida de oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: *Revista Pluriverso*. 2017, no. 9, pp 129-150.

como rubro, al igual que los perjuicios habitualmente conocidos como daño emergente, lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales como los morales.

Al respecto, Zannoni expresa que

Cuando el daño consiste en la pérdida de una chance, existen a la vez un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. El primero, consiste en que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida, v. gr., en el caso típico del caballo de carreras el hecho dañino gravitó en la conducta negligente del transportador consistente en no haber llegado a tiempo al hipódromo para que aquél pudiera participar en la carrera; y el elemento de incertidumbre, en que no se puede tener conocimiento de que, si se hubiera mantenido la situación de hecho o de derecho supuesto de la chance, la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado, v. gr., no se puede afirmar con seguridad si el caballo hubiese ganado o perdido la carrera en caso de haber participado en ella.<sup>8</sup>

El segundo caso, partiendo del anterior, es que se contrata al transportador no para que lleve el caballo a la carrera, sino para transportar el premio ganado en la carrera de caballos, pero incumple de igual manera.

En el primer caso, se deberá hacer un análisis de las probabilidades reales que tenía el dueño del caballo de ganar la carrera, pues jamás se podrá verificar que ciertamente lo consiguiera,

---

<sup>8</sup> ZANNONI, Eduardo. 1982. Citado por: Herrera, Jorge Iván. Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico. 2008. Boletín Derecho & Vida N. 77

y en el segundo, lugar se tiene la certeza del daño pues el premio ya se había conseguido y el problema se centraría en nexo de causalidad de la pérdida con la conducta del transportador.

En consecuencia, si el perjuicio es considerado la consecuencia del daño considerado el hecho mismo, este resultado jamás podrá ser comprobado, en tanto una de las características de este instrumento jurídico es la incertidumbre. En este mismo sentido, el daño deberá entenderse entonces como el hecho, el sustento netamente fáctico y antijurídico.

Algunos puntos de vista que defienden esta posición, interpretan el perjuicio de la pérdida de oportunidad en el chance perdido, que afirman no es eventual y deben repararse. En otras palabras, el daño está materializado en la posibilidad frustrada en la imposibilidad de lograr el resultado, siendo este el interés legítimo dañado.

La determinación de la certeza del daño, como acaecimiento fáctico, es lo que debe determinar la responsabilidad si se quiere ser coherentes con los fines de la responsabilidad, pues en caso de duda no podría existir indemnización toda vez que esa eventualidad no se repara.

Acertadamente, existen decisiones jurisprudenciales que avalan esta línea de pensamiento, como la sentencia de 1998 del Consejo de Estado, que determinó que “La sala confirmará el fallo apelado por cuanto lo encuentra ajustado a derecho, si se tiene en cuenta que la presunta ayuda futura alegada por los actores no puede, en este caso, configurar, como perjuicio, **dado que aquellos hechos, sólo pueden ubicarse en el campo de las posibilidades, es decir,**

**carecen de certeza, calidad ésta indispensable para la configuración del daño”.**<sup>9</sup> Negrilla fuera de texto.

En el 2006 el Consejo de Estado estableció en este sentido,

Los límites entre el daño futuro cierto y el daño futuro eventual, en algunos casos resultan de difícil determinación, sobre todo cuando se está en presencia de la frustración de una oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo, a fin de determinar si el daño solicitado se encuentra dentro del rango de lo indemnizable, se ha distinguido entre situaciones en las que el particular no pudo poner en movimiento el chance, de la oportunidad que se frustró en momentos en que se estaba ejercitando éste, distinción que ha sido atenuada para señalar que para determinar lo indemnizable, lo importante es que el daño ofrezca suficiente grado de certeza, el cual no está unido necesariamente a la temporalidad del mismo.”<sup>10</sup>

## **1.2. La pérdida de oportunidad como aligeramiento de la causalidad**

En Colombia, en el marco de la institución de la responsabilidad civil, solo se puede declarar la reparación de perjuicios en justicia, en la medida en que se repare el perjuicio derivado del daño. Si se excediera en esta tasación, podría estar generándose de nuevo la punibilidad o el ánimo sancionatorio sobre el ofensor.

---

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 14 de diciembre de 1998*, exp. 11.459

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 29 de noviembre de 2006*, exp. 16.334.

La pérdida de oportunidad hace referencia concretamente a la determinación de las probabilidades restadas a la persona natural o jurídica, por el desarrollo de una actividad del Estado o por incurrir en una omisión.

Esta teoría surge ante la necesidad de fundamentar la indemnización de privación de expectativas legítimas por parte de la víctima, hace referencia que en los casos de aplicación de esta teoría existe una hipótesis respecto de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien aleatorio que estaba en juego y el agente estatal, al cometer una acción u omisión, destruyó ese potencial de oportunidades.

Es necesario abordar el concepto de nexo causal en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Además, es preciso indicar que este es un elemento indispensable para atribuir la responsabilidad de un hecho dañoso al Estado. Así, entonces, se afirma que el nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.<sup>11</sup>

La importancia del nexo causal en los procesos de responsabilidad extracontractual está ligada con la determinación del daño y el perjuicio que se debe reparar; es decir, que un adecuado manejo de la causalidad establece el límite de la responsabilidad y, por tanto, tiene

---

11 PATIÑO, Héctor. Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Aproximación a la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. En: *Rev. Derecho Privado*, 2008, vol 14, pp. 193-218

incidencia directa en la cuantificación del valor indemnizatorio que se reconocerá por los perjuicios causados.

Debido a lo anterior, el hecho dañoso que causa un resultado del que se deriva un perjuicio a una persona natural o jurídica tiene una causa. En estos casos, la relación de causalidad significa la producción de un daño antijurídico por un hecho o conducta desplegada o una omisión.

La aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad como aligeramiento probatorio de la causalidad, consiste en una interpretación de presunción que ha convertido en la aplicación de un régimen más gravoso que el objetivo para el demandado.

La carga probatoria de la probabilidad debe ser asumida por el demandante quien además de debe demostrar la cuantía del perjuicio, con el fin de que no se determine una liquidación genérica o injusta con la concepción por la mayoría aceptada de que solo se indemniza el daño efectivamente probado y nada más.

En el tema específico de la prueba en la pérdida de oportunidad, debe tenerse en cuenta que no solo entonces debe probarse que la oportunidad se iba a presentar, sino el porcentaje de concreción de dicho chance para que se pueda hacer efectiva la liquidación de la pretensión.

Julián Pimiento<sup>12</sup> establece que desde la aplicación de la Constitución política de 1991, se ha intentado fundamentar la responsabilidad en el principio de solidaridad, especialmente en los casos cuya justificación fáctica se deriva del conflicto armado que ha acompañado al sistema colombiano de mucho tiempo atrás. El principio de solidaridad es un pilar fundamental del estado social de derecho aplicado en diferentes reglas del derecho y en diferentes ámbitos jurídicos, entendido como el desarrollo de actuaciones en beneficio de los demás, justificado por el interés general.

En el campo de la responsabilidad, el principio de solidaridad se ha aplicado a la determinación de la antijuridicidad del daño, entendida como aquellas afectaciones negativas sufrida por una persona que no está en el deber jurídico de soportarlas; concepto aplicado en cualquiera de los regímenes subjetivos y objetivos que como excepción tiene daño especial, pues la aceptación de este último se da como consecuencia, de una acción u omisión lícita del Estado.

El principio de solidaridad se ha interpretado como fundamento de la imputación; sin embargo, como lo expone Pimiento<sup>13</sup>, en el texto referenciado anteriormente, este principio no puede ser fundamento de la imputación, ya que el artículo 90 de la Constitución no se nutre de él, toda vez que este articulado justifica la responsabilidad patrimonial del Estado con la existencia de un daño y su imputabilidad, señalando de manera tácita que este sea

---

<sup>12</sup> PIMIENTO, Julián Andrés. Responsabilidad o solidaridad: El fundamento de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. En: *Rev. Derecho Público*, 2016, no 36, p. 1-43.

<sup>13</sup> PIMIENTO, Julián Andrés. Responsabilidad o solidaridad: El fundamento de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. En: *Rev. Derecho Público*, 2016, no 36, p. 1-43.



causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Por esta razón, se deberá realizar un análisis de la incidencia que pudo tener la conducta, activa u omisiva en la producción del daño. Se ha justificado entonces por el Consejo de Estado la aplicación del principio de solidaridad en casos donde no existe causa para imputar el daño a la autoridad pública, siendo una interpretación poco adecuada con las funciones de la institución de la responsabilidad.

En el tema de la pérdida de oportunidad, en los casos en que la certeza de la probabilidad es indemnizada, se estarían desconociendo las funciones de la responsabilidad, fundadas posiblemente en el principio o el criterio de solidaridad, generando una reparación sin daño y sin perjuicio, como bien lo decía Pimiento, termina siendo el Estado un garante universal que en el marco de la jurisdicción genera una interpretación errónea las finalidades de la responsabilidad.

Vale precisar, que la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil debe determinarse por la ley, entendida como la demostración de los presupuestos fácticos que, en el caso de la pérdida de oportunidad, no se refiere al beneficio final esperado, sino a la probabilidad probada en el proceso. Nótese que entender la pérdida de oportunidad como daño autónomo permite evitar condenas donde se facilite la prueba del nexo causal, condenando a quien solo posiblemente causó el daño, presumiendo la causalidad no acreditada.

En los eventos de responsabilidad médica, la pérdida de oportunidad ha sido utilizada por los jueces para superar la dificultad de la prueba del nexo de causalidad propia del acto médico, aplicada en la teoría de la pérdida de oportunidad para superar la incertidumbre causal, sin la prueba del daño, imputación y causalidad. Considerando en ciertos pronunciamientos que las posibilidades de recuperar la salud en un enfermo son aleatorias, reconociendo la dificultad para determinar el daño cierto del eventual; por lo cual, la prueba científica debe determinar la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida.

Como justificación doctrinal del uso de la figura de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad, Gil Botero<sup>14</sup>, señala que esta institución es un elemento para aligerar el curso causal. Esta línea de pensamiento va en contravía de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad, pues se estaría condenando sin la existencia de la certeza sobre el daño que se le imputa.

A nivel internacional puede observarse cómo el fenómeno de la ausencia del daño cierto no solo se presenta a nivel local. En el texto del profesor argentino Vásquez Ferreyra, se acepta la formación de diversas teorías sobre la atribución y la relación de causalidad que permite el aligeramiento probatorio de estas junto con el daño, modificando los elementos esenciales de la responsabilidad, al respecto hace referencia a la jurisprudencia argentina lo siguiente:

Así por ejemplo aparece en la jurisprudencia de la casación la teoría de la causalité virtuelle. Esta teoría ha sido muy utilizada en materia de responsabilidad civil médica.

---

<sup>14</sup> GIL, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Sexta edición. Bogotá D.C.; Temis. 2013.

Según sus lineamientos, se hace inicialmente responsable al médico de la perte d'une chance (de survie, de guérison), por parte del paciente. En tales casos no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente (muerte, lesiones), pero sí consta que la acción y omisión del médico disminuyó las posibilidades de sobrevivir o de curar por parte del paciente. Pues bien, sobre la base de esta causalidad aleatoria, el médico se presume autor del daño: ahora bien, como la causalidad con este daño final (muerte, lesiones) no consta, los tribunales se limitan a indemnizar un daño abstracto que sustituye el daño concreto sufrido: el valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida.<sup>15</sup>

Como criterio de imputación en el ámbito internacional, se utilizan estándares de *probabilidad* en la causalidad, para lo cual se establecen límites del 80% de probabilidad o menos en España, y 50% hasta el 10%, en la jurisprudencia anglosajona, para estimar una indemnización por este concepto.<sup>16</sup> En el caso de superar el mayor porcentaje, según cada jurisprudencia, no se aplica este título de indemnización sino la *certeza en la ocurrencia del daño*.<sup>17</sup>

Se trata de un artificio judicial que responde a la repetida orientación protectora del paciente, no se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la

---

<sup>15</sup> VÁSQUEZ, Roberto A. Responsabilidad por daños, Elementos. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1993, Pág 197. Citado en CUELLO, Gustavo; Adriana CUELLO; Jenaro Andrés PUERTO *El Daño especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado. Historia, legislación y jurisprudencia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. 2009.

<sup>16</sup> BERROCAL, A. A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. En: *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. 2011. no 16. pp. 23-42.

<sup>17</sup> MUNTA, R. (2013). La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada. Santiago de Chile. En: *Actualidad Jurídica*, 2013. no 28, pp. 1-41

conducta del facultativo no consta suficientemente, pero tampoco parece justo dejar al paciente sin indemnización alguna; por ello, se opta por una vía intermedia: indemnizar, sí, pero parcialmente.

La respuesta al quantum indemnizatorio carece de soporte lógico, convirtiéndose en una mera consideración de la probabilidad; este problema definitivamente tiene su origen en la abstracción del daño. Haciendo referencia a esta teoría se sostiene que se facilita la posición del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria que presume al médico autor de un daño abstracto.

Por medio de este artificio judicial se sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que, en la pérdida de posibilidades de curación, no constando la relación causal entre la intervención médica y el daño efectivamente producido, pero sí que esa actuación disminuyó las posibilidades de curación. El juez, ante el temor de dejar al paciente sin indemnización alguna, no condena a la totalidad del importe del daño, pero sí a una especie de indemnización de equidad.<sup>18</sup>

Se evidencia cómo la pérdida de oportunidad termina siendo la solución al problema de la falta de prueba de la relación de causalidad; es decir, cuando no se logra determinar que a su causa se generó el efecto negativo o daño. En Argentina, se le llama a esta clase de teoría la

---

<sup>18</sup> YZQUIERDO, Mariano. La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. Derecho y salud, Vol. 9, N°. 1, 2001, p. 35-50

*teoría de la causalidad virtual* que, tratando de resolver el asunto, se dan dos posibilidades doctrinales, o hay daño total resarcible si el médico lo causó, o hay pérdida de una chance si se hace patente que ella obedece causalmente al obrar el facultativo, al cual habrá de adosarse, por lógica, la culpa y otro factor de atribución. Pero no puede afirmarse con certeza que hay pérdida de una chance si se elude la prueba de la relación causal y se estima suficiente para conceder un resarcimiento abstracto la sola demostración del daño y una actuación médica no ligada necesariamente a ese nacimiento.<sup>19</sup>

## **2. Un Acercamiento a la naturaleza de la pérdida de oportunidad y su relación con la responsabilidad extracontractual del Estado**

Para abordar este tema en especial, es necesario apoyarse en la definición de los conceptos y las diferentes teorías, a fin de enmarcar de fondo la explicación de las ideas que forman y componen parte de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad.

Se abordarán los puntos importantes del tema con el propósito de organizar la información registrada. La idea de este capítulo en especial es establecer la definición de la pérdida de oportunidad, la configuración de sus elementos, la reflexión de la diferencia entre daño y perjuicio, y la diferencia entre pérdida de oportunidad y causalidad.

---

<sup>19</sup> MORENO, Alexandra. La “pérdida de oportunidad”: situaciones no previstas en desarrollo del contrato médico. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino. 2013

## **2.1. Hacia una definición de la pérdida de oportunidad transversal a la responsabilidad extracontractual**

En la compilación bibliográfica se lograron identificar numerosas publicaciones que definen la teoría de la pérdida de oportunidad, por lo cual se pretende presentar una aproximación a su concepto, consistente en una doctrina jurídica aplicada especialmente en Europa, principalmente en Bélgica, Francia y España, y en los Estados Unidos.

Hoy, en nuestro país, como en otros de América Latina, se aplica esta teoría de la pérdida de oportunidad. Para aplicar esta figura es necesario preguntarse por la forma en que debe ser vista desde el nexo causal o si debe analizarse desde el derecho de daños, tal como lo sugieren autores que han profundizado el tema de la causalidad. Tal es el caso del tratadista Juan Carlos Henao (1998)<sup>20</sup> quien considera con claridad meridiana la necesidad de probar un nexo causal que justifique un daño ocasionado.

El principal exponente de la teoría de la pérdida de oportunidad, François Chabas,<sup>21</sup> sostiene que la misma debe entenderse y ser revisada dentro del contexto del “alea”; en estos casos, el sujeto pasivo entendido como la víctima ya se encuentra sometida a una oportunidad y tan solo se está a la espera de su ocurrencia o no, de tal manera que la figura se analiza desde la

---

20 HENAO, J. *Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. eISBN: 9789587109542

21, CHABAS Francois. (2000). La Pérdida de Oportunidad (chance) en el derecho Francés de la Responsabilidad Civil. En: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*. Septiembre, 2013, no. 33., Tomo II, 8-14

incertidumbre inherente al perjuicio, puesto que el beneficio que se espera está garantizado de por sí.

La pérdida de una oportunidad constituye una zona situada en la mitad de camino entre lo cierto y lo puramente eventual. El perjuicio constituido por la pérdida de una oportunidad se configura cada vez que por efecto del hecho ilícito desaparecen de forma cierta y directa probabilidades de efectivizar una ganancia o una pérdida, aunque no hay forma de saber si tal eventualidad se podría haber realizado.

En este orden de ideas, se ha entendido que esta figura trae consigo un resarcimiento parcial a título de daño intermedio, y no se considera la conexión directa entre la negligencia médica y la producción del daño, sino su ocurrencia por otro tipo de razonamiento. Esto es, el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño.

Si se parte del análisis de las expresiones “chance” u “oportunidad” estas atienden a un punto medio entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, de acuerdo con autores como Trigo,<sup>22</sup> quienes sostienen que se está en presencia de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que no es posible establecer si el afectado por ese comportamiento habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> TRIGO, Félix Alberto. *Pérdida de chance*. España: Editorial Astera. 2008

<sup>23</sup> Como bien afirma Trigo Represas, F.A. (1999), citado por Gallardo Castillo, M.J. (2015: p.38), «la pérdida de oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo

Es importante destacar que en la presentación de la teoría se establecen unos límites; es decir, por una parte que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, lo que hace que estemos en la esfera de lo hipotético o eventual que no resulta indemnizable, pero, por otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida a la que no se quería llegar, pues son estadios de daño distintos.

Con ello, se pretende aclarar que el hecho dañoso no es en sí mismo la pérdida de aquello que estaba en juego; en otras palabras, la enfermedad que tenía el paciente y por lo cual fue diagnosticado, sino la frustración de las probabilidades que tenía esa persona de alcanzar un resultado o de evitar un hecho dañino.<sup>24</sup>

Francia fue el país al que se le conoce la primera resolución, 17 de julio de 1889, que invoca una pérdida de chance, y tenía que ver con un auxiliar judicial que impide la tramitación de un proceso. Posteriormente “la misma doctrina del chance fue utilizada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandamiento procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el arrêt de

---

seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades»

<sup>24</sup> NEIRA, L. T., & NUMA, L. A. *Responsabilidad de los profesionales de la salud por pérdida de un chance u oportunidad en la atención médica en Colombia* (Doctoral dissertation). Colombia: Universidad Francisco de Paula Santander 2016



la Chambre de Requête de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario”. Posteriormente, el caso de la jurisprudencia francesa del jinete que ve lesionado el chance o la probabilidad de ganar una carrera, debido a que el transportista no se presentó con el caballo a tiempo para concursar, se llegó a convertir en el ejemplo clásico en doctrina.

Ha quedado claro que lo que se indemniza no es la pérdida de lo que estaba en juego, sino la frustración de las probabilidades que se tenían para alcanzar el resultado esperado, por lo cual, para poder traducir las lesiones que ocasiona la frustración de una probabilidad o chance en montos o cifras de dinero concretas, puede prestarse para interpretaciones diversas. La razón se debe a que es en extremo difícil de cuantificar y muchas veces requiere, además de los cálculos matemáticos que pueda llevar a cabo un perito, de la aplicación por parte del juez de las reglas de la sana crítica (de la lógica, psicología y la experiencia) y los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, ya que el componente aleatorio al existir solo una posibilidad o probabilidad frustrada viene a reducir el monto del daño o perjuicio total.

## **2.2. La configuración de los elementos de la pérdida de oportunidad**

Es preciso que el juez, en todo reclamo por pérdida de chance, deba efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra de la situación del damnificado, y de ese balance surgirá la proporción del resarcimiento, teniendo en cuenta lo siguiente:

Si del análisis de los factores a favor y en contra de la posibilidad de pérdida de chance de ganancia del damnificado surge que la posibilidad frustrada era vaga o meramente

hipotética, la conclusión del juez deberá ser la inexistencia de resarcimiento por tal pérdida.<sup>25</sup>

Si bien en la Sentencia 18593 del 2010, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>26</sup>, se afirmó que “la estructuración de la pérdida de oportunidad requería de la certeza respecto de la existencia de la oportunidad perdida, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho y la situación potencialmente apta de la víctima para pretender la consecución del resultado esperado, en una reciente decisión la Corporación en sentencia del 05 de abril de 2017, estableció que los elementos del daño por pérdida de oportunidad son: (i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; (ii) certeza de la existencia de una oportunidad; (iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.”

*2.2.1. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado; es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar.*

Este requisito se refiere a la aleatoriedad del resultado esperado; por lo cual, se indemniza a menor proporción pues se trata de la indemnización de la expectativa cierta y razonable de

---

25 LÓPEZ, Marcelo J. (2008). Responsabilidad Civil Médica y Pérdida da Chance de Curación. En: *Revista de Derecho de Daños*. I ed. Editorial, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina. pp.7-52.

26 CONSEJO DE ESTADO, sección tercera C.P Fajardo, Mauricio, *Sentencia del 11 de agosto de 2010* (Exp. 18593).

alcanzar o evitar un resultado, comparado con la situación en la que el resultado esperado se convierta en un derecho cierto donde su indemnización es total.

Medina Alcoz,<sup>27</sup> asemeja la pérdida de oportunidad a los juegos de azar por lo impredecible.

El objeto de tales juegos es precisamente la suerte y la mala suerte. Por eso la doctrina jurídica recurre a ellos para proporcionar casos paradigmáticos de pérdida de chance. Así, en el mundo anglosajón, donde, para explicar la doctrina de la pérdida de oportunidad, se acude a veces al juego de la lotería o similares: La víctima había comprado un cupón de lotería, con premio de \$10.000, que el organizador de la rifa debía colocar en un sombrero. Se extrajo un cupón que no era el de la víctima, descubriéndose después que éste no llegó a introducirse. No puede afirmarse que el organizador propiciara la pérdida de esos \$10.000 porque, en cualquier caso, era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia y que, teniendo un 0,1% de probabilidad de obtener el premio, según se deriva de la aplicación de la teoría de La place, tal pérdida debe valorarse en \$10.

Esta es característica de la incertidumbre en el resultado, la razón por la cual algunas posturas señalan que esta indemnización no tiene lugar, pues esta eventualidad genera falta de certeza del daño.

---

<sup>27</sup> DOMÉNECH, Gabriel. (2008). Medina Alcoz, Luis: La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado. En: Revista de Administración Pública. 2008. no 176 pp. 385-413

### *2.2.2. Certeza de la existencia de una oportunidad:*

Debe existir prueba que acredite la existencia que, sin la presencia de los hechos dañosos, la víctima hubiese seguido en la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

### *2.2.3. Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima:*

Este elemento se refiere a la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, para el caso en que la oportunidad no esta pérdida definitivamente, no podría indemnizarse.

En suma, se debe tener la prueba de la existencia de la oportunidad con certeza esto es, que la víctima se encontraba en curso de la posición más idónea para conseguir el resultado por lo cual se configura el daño; adicionando los dos elementos restantes: el nexo de causalidad y el fundamento jurídico del deber de reparar.

“Se ha establecido tácitamente por la jurisprudencia, las características anteriormente descritas de la pérdida de oportunidad en, (i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado; es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar: El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias

en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción, (ii) certeza de la existencia de una oportunidad: La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que, en caso de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente. (iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima: Si el beneficio final o el perjuicio eludido aún dependen de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual”.<sup>28</sup>

### **2.3. Aproximación conceptual de daño y de perjuicio relacionado con la figura de la pérdida de oportunidad**

Es pertinente realizar esta distinción por cuanto afecta el objeto de estudio para determinar, si la pérdida de oportunidad es un daño autónomo o es un rubro de perjuicio material; esta

---

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, *Sentencia del 20 de junio de 2017*, C.P; Pazos Guerrero, expediente 18.860

concepción establece que el daño no es lo que se indemniza, sino las consecuencias del daño o también llamados perjuicios en el patrimonio de la víctima.

El daño se refiere a la vulneración de un interés protegido por el ordenamiento legal, el perjuicio es la consecuencia de ese daño que debe ser determinable y cierto. En el caso en específico en la pérdida de oportunidad, el daño se refiere a la oportunidad frustrada y los perjuicios deben ir directamente causados o atribuidos a este daño. Estos efectos en el patrimonio de la víctima se determinan por probabilidades y debe repararse en razón al porcentaje de la oportunidad perdida.

No tener en cuenta esta discrepancia conceptual ha traído consecuencias fatales para la aplicación de esta figura en Colombia, por lo que, en diferentes estamentos judiciales, la jurisprudencia la ha aplicado como daño autónomo y como perjuicio indemnizable, fundamentando la reparación del perjuicio con base en la equidad<sup>29</sup>, pues su liquidación se

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.O: ZAMBRANO, Carlos Alberto. *Sentencia del 24 de julio de 2013*, Exp.27.743, los fundamentos fácticos de esta sentencia se resumen en un embarazo que transcurrió normalmente durante las 32 semanas que duró el proceso de gestación, que, cuando la citada señora llegó el 31 de diciembre de 1995 a la última de las clínicas mencionadas, ya una de las gemelas se encontraba muerta, que la ecografía practicada el 21 de noviembre de 1995 determinó que “no hay malformaciones fetales aparentes”, mientras que la del 29 de diciembre siguiente diagnosticó “que las niñas se encontraban en perfecto estado”, según lo dicho por los actores en la demanda, y que el oligohidramnios severo que padeció la referida señora fue diagnosticado después de la muerte de una de las niñas, pues no se evidenció en las distintas ecografías practicadas a lo largo del proceso de gestación, a lo cual se suma que ninguna prueba se allegó para acreditar que ellas fueron mal practicadas o mal interpretadas, razón por la cual merecen plena credibilidad para la Sala.

Se concluye, entonces, que durante el proceso de gestación de la señora Peralta Muñoz el Instituto de Seguros Sociales le prestó oportunamente la atención médica requerida, prueba de ello son los distintos controles a los que fue sometida y las varias ecografías que se le practicaron, como se infiere de la demanda, las cuales resultan de vital importancia en la evaluación de los embarazos gemelares, ya que permiten detectar malformaciones y complicaciones fetales propias de este tipo de embarazos, nada de lo cual pudo establecerse en ellas.

En esta oportunidad, la jurisprudencia estableció lo siguiente: Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y

ha determinado por arbitrio judicial, situación que resulta contraria a las finalidades y propósitos de la figura de la Responsabilidad Civil.

El daño puede definirse como la manifestación material, real o fáctica, y el perjuicio como los resultados de la manifestación del hecho dañino.<sup>30</sup>

En el caso de la pérdida de oportunidad, este daño se interpreta como autónomo por la particularidad de sus elementos; entre ellos la certeza legítima de la probabilidad perdida con el fin, de que, por medio de la prueba estadística, se logre establecer la liquidación de los perjuicios, esto es las consecuencias de este hecho dañoso del tercero que frustró el chance de la víctima

#### **2.4. Diferencia entre pérdida de oportunidad y causalidad**

La pérdida de oportunidad se define como el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un deterioro. Frente a esta figura, se han establecido diversos criterios de aplicabilidad, tanto de imputación como rubro independiente indemnizatorio.

---

contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de las graves lesiones que padeció la menor Lina María Anturi Peralta, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...), así como las sumas que, por razones de equidad, llegaren a establecerse en el proceso, por concepto de perjuicios morales, la Sala estima que una suma justa, por la pérdida de oportunidad que sufrieron los actores, a raíz de las graves lesiones de dicha menor (...)

<sup>30</sup> BARRIOS, Luís Fernando Ternera; BARRIOS, Francisco Ternera. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Opinión Jurídica*, 2008, vol. 7, no 13, p. 99-112.

Indispensable es entonces analizar todas las circunstancias del caso concreto a la hora de determinar el *quantum debitor*, siempre tomando como principal parámetro el grado de probabilidad en obtener éxito o evitar una pérdida. Entre mayor sea el alea, menor será la indemnización y viceversa.

No existen fórmulas matemáticas, *ergo* se reitera la necesidad de llevar a cabo un análisis casuístico en el que el juez entra prudentemente a valorar, en caso de que estén disponibles, los dictámenes periciales y estadísticas junto a las reglas de la sana crítica, lógica, psicología y la experiencia, y los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad para determinar un monto.<sup>31</sup>

Al respecto Prévot y Chaia <sup>32</sup> enfatizan los problemas de determinar el *quantum debitor*, al decir:

“La cuantificación de dicho perjuicio presupone la verificación de la existencia de cierto grado de probabilidad de que el dañado, en ausencia del hecho injusto, habría conseguido la ventaja esperada. La circunstancia de que la situación lesiva sea idónea para producir solo un “posible” y no cierto resultado útil, va a incidir sobre el quantum del resarcimiento, que debe ser conmensurado a la posibilidad de lograr la ventaja esperada”

---

<sup>31</sup> BATALLA, R. *La teoría de la pérdida del chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. 2010

<sup>32</sup> PRÉVOT, Juan Manuel y CHAIA, Rubén Albert, *Pérdida de chance de curación*. Argentina: Editorial Astrea. 2007



Por otra parte, como criterio indemnizatorio se establece como un daño independiente y autónomo, el cual debe ser compensada la pérdida de oportunidades o *esperanzas* ciertas, probables y que hayan tenido lugar en caso de que el hecho cierto y concreto no hubiese generado acaecido. Para ello, se debe estimar que, tanto el hecho como la esperanza sean ciertas, así como esta última debe haber iniciado un camino para su concreción, pues “*no se pierde lo que no se puede tener*”<sup>33</sup>

En concreto, frente a su aplicabilidad, esta se ha dado mayormente (tanto en Francia como en Estados Unidos) en el ámbito médico-sanitario<sup>34</sup>, en negligencia profesional<sup>35</sup>, e inclusive en casos como un incumplimiento a un agente futbolístico por parte de un exjugador del Aston Villa en Inglaterra<sup>36</sup>, derivados de un contrato verbal de representación.<sup>37</sup>

Cabe resaltar que en el ámbito latinoamericano ha sido admisible esta figura en Colombia y en Costa Rica<sup>38</sup>,<sup>39</sup> mientras que en países como Chile se acogen las doctrinas radicales de exclusión de la *pérdida de oportunidad*, por falta de certeza en el daño.

---

33 RODRÍGUEZ, C. y YONG, S. Pérdida de oportunidad. En: *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 6, no. 2. 2011.

34 BERROCAL, A. A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. En: *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. 2011. no 16. pp. 23-42.

35 BATES, John. Honestly, what are the chances? Causation and quantification of a claim for the loss of a chance in professional negligence claims where the claimant's honesty is in dispute. En: *Journal of Professional Negligence*. 2019, vol 35 no 3. pp. 191-197

36 EWCA (England and Wales Court of Appeals). (2016). *McGill v. Sports and Entertainment Media Group*. Londres: Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, Civ 1063.

37 STEVENS, S. (2017). Case Note: *McGill v. The Sports, Entertainment Media Group, and Others*. Londres: Lawinsport.com. Recuperado el 15 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.lawinsport.com/content/articles/item/case-note-mcgill-v-the-sports-and-entertainment-media-group-and-others>

38 BATALLA, R.. *La teoría de la pérdida del Chance o de Oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. 2010

39 GUTIÉRREZ, V., y GÓMEZ, S. (2017). “Pérdida de oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: *Revista Pluriverso*. 2017, no. 9, pp 129-150.

En la teoría de la pérdida de oportunidad existen dos tesis, una negativa y una positiva: la primera, se opone a las indemnizaciones de este daño, y las demás que la defienden. La teoría negativa rechaza esta clase de indemnización, porque va contra del fundamento mismo de la responsabilidad civil por la imposibilidad de determinar el daño generado del hecho dañoso de manera certera, generando indemnizaciones sin nexo causal justificable, como la seguida en Chile.<sup>40</sup> De la misma forma, se ha criticado que esta teoría se encuentra “erróneamente planteada”, pues “*premia al negligente y castiga al prudente*”.

Por su parte, las teorías positivas admiten la pérdida de oportunidad señalando que no debe negarse la indemnización por cuanto debe evaluarse la probabilidad de la oportunidad en discusión de manera independiente a un perjuicio final. Es por esto por lo que la pérdida de oportunidad se asemeja en muchas ocasiones a un daño autónomo susceptible de indemnización. Entre las teorías positivas, se encuentran la del todo o nada con relajación probatoria, que establece la indemnización exclusiva cuando se supere un porcentaje de probabilidad, así como la de la causalidad probabilística que establece que la indemnización por *pérdida de oportunidad* se da en relación directa con la proporción probabilística de causación del daño por parte del hecho o acto.

---

<sup>40</sup> TAPIA, M. (2015). Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? Santiago de Chile. En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 2015-2016 no. 4-5, pp. 233-268

Otra de las justificaciones doctrinarias para apoyar esta teoría, consiste en que se debe reparar lo proporcional en el marco de la justicia, pues resulta injusto reconocer una indemnización total donde exista solo la probabilidad y viceversa<sup>41</sup>

La pérdida definitiva de la oportunidad se convierte en la causa del perjuicio, se exige que la pérdida de la ventaja sea cierta; es decir, que la oportunidad de obtenerla se haya convertido en inexistente, porque si la existencia del perjuicio final dependiera aún del futuro el perjuicio sería puramente eventual e hipotético no pudiendo por tanto ser objeto de indemnización. El supuesto de esta indemnización es que de acuerdo con el porcentaje en el que se haya perdido la oportunidad, procederá su *quantum*.

La teoría de la pérdida de la oportunidad entonces cambia tanto hacia futuro como la situación actual. Si hubiera tenido la oportunidad de ser X, Y se habría presentado. Como no tuve la oportunidad de ser X, Y no se presentó; por tanto, indemnizé Y. Las probabilidades sustentadas en pruebas permiten tener al 100% la oportunidad perdida. Cuando las posibilidades son muy pocas, eventual, el juez debe establecer la seriedad de las posibilidades a través del análisis del caso concreto para buscar indicios que le permitan afirmar la certeza.

Por otra parte, el nexo causal es un elemento necesario para declarar la responsabilidad, esto es la relación eficiente entre la actuación, omisión o actividad administrativa, y el resultado

---

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ, C. y YONG, S. Pérdida de oportunidad. En: *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 6, no. 2. 2011

dañoso o lesivo producido se refiere a la causa y el efecto. Es una íntima vinculación directa y determinante para que se consuma el daño.

Existen diferentes tipos de culpas, la probada, presunta y concurrencia de culpas. También existen diferentes teorías como la de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima, teoría de la causalidad adecuada, teoría de la imputación objetiva y otras explicaciones cuando surge por varias causas.

A grandes rasgos, la teoría de la equivalencia de condiciones enlaza varias causas en la realización de un evento, por lo que para determinar la culpa es necesario ir desechando cada posible causa hasta encontrar la que lo originó. La teoría de la causa próxima, donde se establece una sola causa y es la más contigua a la realización directa del daño; la teoría de la causalidad adecuada, que se presenta luego de haber repasado todas las causas posibles y calcular cuál de ellas tuvo mayor probabilidad de haber ocasionado el daño; la teoría de la imputación objetiva, que corresponde a la asignación de la causa de unos criterios que permitan identificar que fue esta y no otra la que generó el daño.

## **2.5. Estudios de Caso**

Se revisarán sucintamente algunos casos de aplicación de la pérdida de oportunidad, de acuerdo con las dos grandes posturas que se han sostenido por el alto tribunal,

Para la determinación de dicha causa que produce el resultado y, por lo tanto, el daño, se han esbozado varias teorías que tienen como finalidad determinar de manera eficiente la verdadera causa en la producción de un daño. A continuación, se abordarán dichas teorías de manera breve para identificar luego cómo es procedente abordar la causalidad en el caso de la pérdida de oportunidad.

Como se mencionó anteriormente, la teoría de la pérdida de oportunidad en Colombia se utiliza desde el año de 1994; sin embargo, la sentencia que mejor hace referencia a la esencia de la teoría francesa de la pérdida de oportunidad se profirió en 1999 por el Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Posteriormente, se ha aplicado en diversas ocasiones donde se ha observado que se aplica cuando un comportamiento del Estado ha anulado la posibilidad de un beneficio probable futuro, situación que genera un daño a pesar de la dificultad en su determinación.

En el 2013, en sentencia del Consejo de Estado, magistrado ponente Gil Botero se consideró la pérdida del chance como daño autónomo, fundando la decisión en que la aplicación de esta figura permite una proyección porcentual del daño, por lo cual, este será el fundamento para la tasación de los perjuicios. El caso corresponde a una relación fáctica ocurrida en el servicio médico, donde una persona a consecuencia de un accidente de tránsito tuvo una lesión en el pie derecho. En las instalaciones del hospital se demoraron en realizarle los procedimientos necesarios, por lo cual la infección se expandió produciendo gangrena gaseosa y, finalmente,

la amputación del miembro inferior derecho. Se reparó en perjuicios morales, por el sufrimiento que se le causó por la pérdida de oportunidad de conservar su pie derecho.<sup>42</sup>

En esa ocasión, la subsección C, aplica una presunción de responsabilidad, pues no se puede señalar que por no haber atendido al paciente se le causó la muerte.

En la siguiente sentencia, los hechos se refieren a una persona que ingresa al servicio de urgencias de una red hospitalaria tras sufrir un accidente de tránsito con una fractura en sus miembros inferiores y se ordena su hospitalización que perduró alrededor de 15 días, presentó un cuadro anémico, signo de una úlcera gástrica, sintomatología a la que el personal de salud no le prestó atención al punto de casi ser desapercibida, ya que concentraron sus esfuerzos en tratar la lesión ortopédica pasando por alto que la atención en salud debe ser integral.

En cuanto a la pérdida de oportunidad, se estableció que “la pérdida que se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente del daño padecido por el paciente”.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, 25 de octubre de 2013, *expediente 25.869*, Magistrado Ponente: GIL, Enrique.

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, 12 de marzo de 2015, *expediente 32297*, Magistrado Ponente: ANDRADE, Hernán

En relación con los hechos resumidos anteriormente, aunque no existe certeza absoluta de si la ausencia del tratamiento pudiese ser la causa determinante de la muerte del paciente, se afirma que dicha omisión perturba la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad, encontrando proporcional concluir que la paciente perdió el chance de ser sometido al tratamiento médico.

En cuanto a liquidación, no reconoció daños materiales por corresponder al resultado final que fue la muerte y ordenó el pago por el despojo de la posibilidad de recibir el tratamiento adecuado en perjuicios morales.

En este caso, la subsección A indemniza de manera diferente a como se indemniza en los rubros de daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales y daños a bienes constitucionales y convencionales protegidos. En consecuencia, lo hace con base en la indemnización por pérdida de oportunidad y en algunas ocasiones por daño moral.

El siguiente caso trata de una persona impactada con un proyectil produciendo deformidades en su rostro y alterando la movilidad facial. Por falta de remisión oportuna no se practicó cirugía para recuperar el movimiento ordenado por uno de los especialistas del ISS.

Posteriormente, la Junta de Cirugía Plástica, estableció que ya no era posible en razón al tiempo transcurrido la realización de esa cirugía, la sentencia señaló:

“En la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura.

Frente a esta discusión retórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.”

Se establecieron también las características de la figura jurídica de la siguiente manera: “(i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir; (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se quería alcanzar el beneficio”.<sup>44</sup>

En esta oportunidad, esta figura jurídica, se aplica a los rubros tradicionales daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales o daños a bienes constitucionales convencionales.

---

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2015, *expediente 34921*, Magistrado Ponente: PAZOS, Ramiro de Jesús.



### **3. Aproximación a la dificultad de la liquidación del perjuicio**

Cuando se condena administrativamente, se hace necesario la fijación de un monto indemnizatorio que debe determinarse de las pruebas de los elementos de la responsabilidad del respectivo proceso, lo que admite una liquidación determinada de su valor.

Esta obligación supone que para la concreción del monto indemnizatorio se pruebe la cuantía de los daños, incluso de manera oficiosa aparece la obligación para los jueces de competencia, en el artículo 42, numeral 04; artículo 167 inciso dos; artículo 169; artículo 170 de la ley 1564 de 2012 del Código General del Proceso, y la 1437 de 2011 artículo 40.

Es improcedente atender al arbitrio judicial para determinar libremente la liquidación de la cuantía del daño, porque necesita de la prueba como carga del demandante, para el establecimiento de su valor.

Es por ello que, con la prueba de los elementos de la pérdida de oportunidad, se supera la certeza de la existencia del daño, prueba que difiere dependiendo del daño reclamado.

La cuantificación de la pérdida de oportunidad depende de la mayor o menor probabilidad de la ocurrencia del chance, cuya cuantía debió probarse en el respectivo proceso. Es por esto, que el uso del recurso a la estadística resulta ser un instrumento que permite construir

técnicamente el cálculo de las probabilidades que tenían los demandantes de alcanzar el provecho esperado o de evitar la lesión padecida.

En cuanto a la relación de la pérdida de oportunidad con el lucro cesante, se ha señalado que son distintas figuras jurídicas por cuanto la primera corresponde y se aplica cuando la certidumbre es parcial y la última cuando es total.<sup>45</sup>

Asimilar estas dos figuras jurídicas sería entender la pérdida de oportunidad como un daño futuro, donde se lo que se discute es lo que se deja de percibir o el lucro cesante; cuando la Litis en la aplicación correcta de esta figura, debe relacionarse con la verificación de qué tipo de consecuencias genera la frustración de la probabilidad de obtener un beneficio o de evitar una pérdida atribuida a un tercero.<sup>46</sup>

“En el lucro cesante, el sujeto se encontraba ya, o se habría encontrado con toda previsibilidad, más adelante en condición de acceder a las ventajas económicas de que se trata, mientras que en la hipótesis de la chance la víctima sólo cuenta con un determinado contexto idóneo en cuyo desenvolvimiento es probable que habría llegado a la situación instrumentalmente apta de consecución de los lucros o beneficios”<sup>47</sup>

---

45 TRIGO REPRESAS, Felix Alberto. (2008). Pérdida de chance. Editorial Astera.

46 VIZCARRA VILLEGAS, Noe (2017). “Pérdida de oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: *Revista Pluriverso*. 2017, no. 9, pp 129-150

47 PRÉVOT, Juan Manuel y CHAIA, Rubén Alberto, Pérdida de chance de curación. Editorial Astrea. Primera edición. Buenos Aires, Argentina, 2007. pág. 51.

En la sentencia de 2015, mencionada en el acápite anterior, se liquidó el perjuicio de la siguiente manera:

“Como en este caso no se condena al Instituto de Seguros Sociales por las secuelas de carácter funcional y estético que sufre el paciente, porque, como antes se señaló, esos daños se produjeron como consecuencia de la lesión con arma de fuego que le infirió un tercero, si no por los perjuicios que sufrieron los demandantes por la omisión de la entidad demandada de realizar las gestiones necesarias para practicarle de manera oportuna el injerto nervioso, que hubiera podido mejorar su estado, la indemnización se limitará al pago del daño moral, derivado de ese daño autónomo.(...) Como lo resarcible es este caso no son los daños corporales que sufre el señor Trujillo Lema, no hay lugar a reconocerle indemnización por el daño a la salud, ni los demás perjuicios materiales e inmateriales reclamados en la demanda (daño fisiológico, alteración a las condiciones materiales de existencia y lucro cesante). Se le reconocerá sí la indemnización por el daño autónomo a la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de mejorar su aspecto y funcionalidad visual, al recuperar el movimiento de algunos músculos de la cara, con la cirugía recomendada por el especialista, la indemnización se hará solo por el perjuicio moral que les causó la privación de esa oportunidad. En consideración a que no se cuenta en el expediente con una prueba técnica que señale un cálculo de probabilidades de que el paciente obtuviera el beneficio esperado, para efectos de determinar el quantum de la indemnización se tendrán en cuenta las pruebas que obran en el expediente, la revisión de casos similares y la aplicación del principio de equidad, para garantizar así el derecho a la igualdad de los afectados”<sup>48</sup>

### **3.1. La tasación con fundamento en la Equidad**

---

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2015, *expediente 34921*, Magistrado Ponente: PAZOS, Ramiro de Jesús.

Tamayo Jaramillo, considera que en materia médica no existe realmente un problema de la pérdida de oportunidad, sino de imposibilidad probatoria en materia de causalidad y que, por un criterio de equidad, se ideó el artificio de dicha pérdida con el fin de imputar la totalidad del daño al demandado que tal vez no se causó el daño, o de absolverlo cuando de pronto fue el quien causó la totalidad del perjuicio<sup>49</sup>

Para la determinación de los perjuicios en la responsabilidad, la liquidación o tasación se debe justificar en las pruebas practicadas en el proceso. Desconocer esta condición, pondría en riesgo la finalidad de reparación por una compensación a la víctima, lo cual podría encuadrarse dentro de la figura del enriquecimiento ilícito.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en algunas oportunidades que si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, “la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, **en virtud de la equidad y la igualdad** procesal, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad. Es decir, que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque, aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un

---

<sup>49</sup> TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil* Tomos I y II. Bogotá DC, Colombia: Legis. 2007.

bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada”.<sup>50</sup>

#### **4. Conclusiones**

El análisis realizado dentro del presente artículo de investigación ha permitido llegar a las siguientes conclusiones, respecto de la aplicación en Colombia de la teoría de la pérdida de oportunidad en relación con los fines de la responsabilidad lo siguiente:

Se debe aplicar la pérdida de oportunidad como daño autónomo o lesión a la oportunidad frustrada; liquidándose el perjuicio en proporción al chance perdido de obtener el beneficio o de evitar la pérdida.

No se debe aplicar la pérdida de oportunidad con el fin de superar la duda sobre la relación de causalidad en especial en materia de responsabilidad medica en esta línea de pensamiento, el demandante tiene la obligación de acreditar los elementos de la responsabilidad, incluida la prueba del porcentaje de la probabilidad y la oportunidad perdida atribuida al demandado.

Dentro de la jurisprudencia y la doctrina se encuentra un trato diferencial de la figura de la pérdida de oportunidad, unos, como perjuicio indemnizable autónomo y otros, que

---

<sup>50</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, *Sentencia del 20 de junio de 2017*, C.P; Pazos Guerrero, expediente 18.860

consideran que esta indemnización debe efectuarse por lo probado en cuanto al porcentaje de obtener la oportunidad.

La certeza del daño corresponde a la prueba de la situación potencialmente capaz de obtener el resultado esperado, frustrado por la intervención del tercero y que, como consecuencia, nunca se materializó.

Por último, se puede concluir que la pérdida de oportunidad fundamentado en criterios de equidad o solidaridad abandona de manera directa los fines y de la institución jurídica de la responsabilidad, siendo un desacierto jurisprudencial la ampliación excesiva de la interpretación del concepto para solucionar problemas de valoración o prueba.

## Bibliografía

- ASUA, Clara. *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*. Madrid: Editorial Thomson Aranzadi. S.A. 2008
- BARRETO, Heidy y RÍOS, Liliana Marcela. *Pérdida de oportunidad en responsabilidad médica en el estado colombiano*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino. 2016
- BATALLA, R.. La teoría de la pérdida del Chance o de Oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. 2010
- BATES, John. Honestly, what are the chances? Causation and quantification of a claim for the loss of a chance in professional negligence claims where the claimant's honesty is in dispute. En: *Journal of Professional Negligence*. 2019, vol 35 no 3. pp. 191-197
- BERROCAL, A. A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. En: *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. 2011. no 16. pp. 23-42.
- DE CUPIS, Adriano. *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1970. ISBN-13: 978-8471626646
- CHABAS Francois. (2000). La Pérdida de Oportunidad (chance) en el derecho Francés de la Responsabilidad Civil. En: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*. Septiembre, 2013, no. 33., Tomo II, 8-14
- DOMÉNECH, Gabriel. (2008). Medina Alcoz, Luis: La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado. En: *Revista de Administración Pública*. 2008. no 176 pp. 385-413
- EWCA (England and Wales Court of Appeals). (2016). *McGill v. Sports and Entertainment Media Group*. Londres: Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, Civ 1063
- GIL, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Sexta edición. Bogotá D.C.; Temis. 2013.
- GÓMEZ, L. F. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: U. Externado de Colombia. 2019. ISBN: 9789587900125
- GUTIÉRREZ, V., y GÓMEZ, S. (2017). “Pérdida de oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: *Revista Pluriverso*. 2017, no. 9, pp 129-150
- HENAO, J. *Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. eISBN: 9789587109542
- LÓPEZ, Marcelo J. (2008). Responsabilidad Civil Médica y Pérdida da Chance de Curación. En: *Revista de Derecho de Daños*. I ed. Editorial, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina. pp.7-52.
- MORENO, Alexandra. La “pérdida de oportunidad”: situaciones no previstas en desarrollo del contrato médico. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino. 2013
- MUNITA, R. (2013). La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada. Santiago de Chile. En: *Actualidad Jurídica*, 2013. no 28, pp. 1
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE, aclaración de voto, Magistrado Néstor Trujillo González
- NEIRA, L. T., & NUMA, L. A. *Responsabilidad de los profesionales de la salud por pérdida de un chance u oportunidad en la atención medica en Colombia* (Doctoral dissertation). Colombia: Universidad Francisco de Paula Santander 2016
- PATÍÑO, Héctor. Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Aproximación a la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. En: *Rev. Derecho Privado*, 2008, vol 14, pp. 193-218
- PIMIENTO, Julián Andrés. Responsabilidad o solidaridad: El fundamento de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. En: *Rev. Derecho Público*, 2016, no 36, p. 1-43.
- PRÉVOT, Juan Manuel y CHAIA, Rubén Albert, *Pérdida de chance de curación*. Argentina: Editorial Astrea. 2007
- RODRÍGUEZ, C. y YONG, S. Pérdida de oportunidad. En: *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 6, no. 2. 2011
- STEVENS, S. (2017). Case Note: *McGill v. The Sports, Entertainment Media Group, and Others*. Londres: Lawinsport.com. Recuperado el 15 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.lawinsport.com/content/articles/item/case-note-mcgill-v-the-sports-and-entertainment-media-group-and-others>
- TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil Tomos I y II*. Bogotá DC, Colombia: Legis. 2007. ISBN: 9789586535588
- TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil Tomos I y II*. Bogotá DC, Colombia: Legis. 2007. ISBN: 9789586535588

TAPIA, M. (2015). Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? Santiago de Chile. En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 2015-2016 no. 4-5, pp. 233-268

RODRÍGUEZ, C. y YONG, S. Pérdida de oportunidad. En: *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 6, no. 2. 2011

TRIGO, Félix Alberto. *Pérdida de chance*. España: Editorial Astera. 2008

VÁSQUEZ, Roberto A. Responsabilidad por daños, Elementos. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1993, Pág 197. Citado en CUELLO, Gustavo; Adriana CUELLO; Jenaro Andrés PUERTO *El Daño especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado. Historia, legislación y jurisprudencia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. 2009.

YZQUIERDO, Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. España: Universidad Pontificia Comillas. 1998.

ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1982. ISBN: 9789500080057

## Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 14 de diciembre de 1998*, exp. 11.459

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 29 de noviembre de 2006*, exp. 16.334.

CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera C.P Fajardo, Mauricio, *Sentencia del 11 de agosto de 2010* (Exp. 18593).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.O: ZAMBRANO, Carlos Alberto. *Sentencia del 24 de julio de 2013*, Exp.27.743,

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, 25 de octubre de 2013, *expediente 25.869*, Magistrado Ponente: GIL, Enrique.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2015, *expediente 34921*, Magistrado Ponente: PAZOS, Ramiro de Jesús.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, 12 de marzo de 2015, *expediente 32297*, Magistrado Ponente: ANDRADE, Hernán

CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, subsección b C.P RAMIRO, Pazos, *Sentencia del 05 de abril de 2017* (Exp. 25.706).

CONSEJO DE ESTADO, sección tercera C.P Rojas, Danilo, *Sentencia del 31 de mayo de 2016* (Exp. 18593).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, *Sentencia del 20 de junio de 2017*, C.P; Pazos Guerrero, expediente 18.860

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, 3 de agosto de 2017, *expediente 40.387*, Magistrado Ponente: PAZOS, Ramiro de Jesús